

# L'Adunanza Plenaria e il rinnovo della gara conseguente all'annullamento dell'esclusione del concorrente: una soluzione esente da incertezze?

Matteo Chiosso\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. Le origini del dibattito in giurisprudenza e il suo sviluppo alla fine degli anni Novanta. - 3. Il dibattito al momento dell'entrata in vigore del Codice dei contratti. - 4. L'articolo 84, ultimo comma, del Codice dei contratti pubblici. - 5. La «soluzione unica» prospettata dall'Ordinanza di rimessione e la soluzione favorevole alla rinnovazione parziale accolta dall'Adunanza Plenaria. - 6. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

Con la sentenza 26 luglio 2012, n. 30, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ricondotto ad unità i contrastanti orientamenti da tempo emersi sulla questione dei limiti e modalità dell'esercizio da parte delle Stazioni Appaltanti dell'attività di rinnovazione del procedimento di gara a seguito di pronuncia giurisdizionale di annullamento dell'esclusione di uno o più dei concorrenti aspiranti all'aggiudicazione della procedura di affidamento (1).

.....  
(\*) Avvocato.

(1) Per maggiore chiarezza espositiva, si riporta il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria con particolare riferimento alle fattispecie inerenti alle gare aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: "Nella gara per l'affidamento di contratti pubblici l'interesse fatto valere dal ricorrente che impugna la sua esclusione è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara; pertanto, anche nel caso dell'offerta economicamente più van-

Com'è noto, il fervente dibattito avutosi nella giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ha conosciuto alterne fasi - con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in un primo momento, propensa a riconoscere in via generale la legittimità della rinnovazione parziale della gara (ossia, della ripetizione della sola fase di valutazione dell'offerta del concorrente originariamente escluso e di poi riammesso in gara) e, in un secondo momento, preoccupata, invece, di affermare la necessità della rinnovazione integrale della procedura (vale a dire, della ripetizione del procedimento concorsuale sin dalla fase di presentazione delle offerte) - senza che l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici abbia avuto modo di offrire validi e sicuri elementi interpretativi a favore dell'uno o dell'altro orientamento pretorio di volta in volta affermatasi.

## **2. Le origini del dibattito in giurisprudenza e il suo sviluppo alla fine degli anni Novanta**

Ciò premesso, pare utile ripercorrere in breve i passaggi salienti del dibattito sorto in giurisprudenza e ciò al fine di comprendere appieno il percorso argomentativo seguito dall'Adunanza Plenaria del Supremo Consesso.

I primi precedenti in materia, risalenti alla decade degli anni Ottanta del secolo scorso, sanciscono, con affermazioni di portata generale incentrate sulla vigenza nell'ordinamento del principio della conservazione degli atti giuridici, che, in forza dell'annullamento (giurisdizionale od in autotutela) dell'esclusione di taluno dei concorrenti in gara, la Stazione Appaltante abbia titolo di procedere alla rinnovazione parziale della gara mediante la riammissione alla procedura dell'operatore illegittimamente pretermesso e la susseguente ripetizione della sola fase di valutazione delle offerte (queste ultime riconducibili tanto all'operatore in origine escluso quanto agli altri operatori già ammessi in gara) <sup>(2)</sup>.

In questa prima fase, l'opinione della giurisprudenza muove dalla necessità di assicurare il rispetto del c.d. «*principio della conservazione della gara*» <sup>(3)</sup>, quale derivazione del generale principio di

---

*taggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura». Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 26 luglio 2012, n. 30, in *Urb. e App.*, 2012, 1287, con nota di F. MANGANARO.*

(2) In particolare, si vedano: Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 1980, n. 1114, in *Cons. Stato*, 1980, I, 1574; Id., sez. IV, 3 aprile 1985, n. 121, *ibidem*, 1985, I, 399; Id., sez. VI, 7 luglio 1986, n. 502, *ibidem*, 1986, I, 949; Id., sez. IV, 13 ottobre 1986, n. 664, *ibidem*, 1986, I, 1450.

(3) Si legge, infatti, in una delle pronunce sopra citate che "il principio della conservazione

conservazione dell'attività amministrativa (secondo cui, in ipotesi di annullamento giurisdizionale od in autotutela del procedimento concorsuale per vizi di legittimità, l'Amministrazione è tenuta a ripetere l'esercizio del potere di titolarità a decorrere dal primo segmento procedimentale non risultato affetto dal vizio riscontrato), di talché appaiono recedere, a fronte dell'esigenza di mantenere ferma e portare a conclusione la procedura di gara, le ulteriori e connesse tematiche della non contestualità dell'attività di rinnovata valutazione delle offerte, nonché della segretezza del contenuto di queste ultime.

Il primigenio approdo della giurisprudenza - il quale appare orientato, in definitiva, a prediligere la tutela dei canoni di efficienza ed economicità dell'operato delle Stazioni Appalti - matura, nondimeno, nel contesto di licitazioni private aggiudicate sulla base di sistemi «automatici» articolati sul calcolo delle medie dei prezzi offerti e quali previsti nel tempo dalle due leggi 2 febbraio 1973, n. 14, e 8 agosto 1977, n. 584; pertanto, nell'ammettere la liceità della rinnovazione della sola fase di valutazione delle offerte, i Giudici di Palazzo Spada hanno modo di rimarcare l'assenza di possibili pregiudizi alla trasparenza ed imparzialità dell'attività amministrativa (cui sono, all'evidenza, correlate le tematiche della contestualità dell'attività di valutazione delle offerte e della segretezza di queste ultime) tenuto conto della ripetizione di operazioni di natura meccanica ed oggettiva, in quanto tali scevre da profili di discrezionalità imputabili all'organo della Stazione Appaltante deputato alla selezione dell'aggiudicatario <sup>(4)</sup>.

Il progressivo impiego da parte delle Amministrazioni di procedure di gara aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa fa sì che la giurisprudenza del Consiglio di Stato sia portata a rimeditare in parte il pregresso orientamento favorevole alla

---

della gara ha due basi: l'esigenza del buon andamento, ossia che si giunga presto all'aggiudicazione; e la difesa della legittimità, ossia di un effetto per quanto possibile uguale a quello che si sarebbe raggiunto ove l'illegittima condotta del presidente di gara non avesse avuto luogo" (Cons. Stato, sez. IV, n. 121/1985, cit.).

(4) Si prenda a riferimento, in particolare, quanto affermato dai Giudici di Palazzo di Spada secondo cui "Nella specie, e con ciò si supera anche la questione della non contestualità, il procedimento di gara, a differenza di altre possibili ipotesi, si basa sulla mera ricognizione dei prezzi indicati dai concorrenti nonché della loro media in relazione alla determinazione del minimo e massimo stabilito dall'Amministrazione. Da un lato, quindi, se è vero che l'offerta esclusa può in seguito a riammissione alterare la media, non sembra che la sua esclusione possa influire o aver influito sulla validità delle offerte dei terzi e sulla determinazione dei limiti da parte dell'Amministrazione. D'altro canto, la non contestualità delle operazioni di gara, che si verificherebbe in seguito alla riammissione, rimane superata dalla necessità di ripristinare la *par condicio* e, soprattutto, dalla considerazione che, dato il meccanismo sopra indicato, trattandosi nella specie di riammettere una offerta esclusa per supposta tardività, le operazioni da rinnovare si effettuano sulla base di elementi tutti già precostituiti ed in possesso dell'Amministrazione per cui era esclusa ogni possibilità di modificazione" (Cons. Stato, sez. VI, n. 1114/1980, cit.).

rinnovazione parziale della gara, ritenuto non più confacente a soddisfare quel minimo di tutela della *par condicio* garantito dall'esigenza di segretezza del contenuto delle offerte tecniche ed economiche presentate dagli aspiranti aggiudicatari.

Si consolida, infatti, nell'indirizzo pretorio del Supremo Consesso verso la metà e fine degli anni novanta del secolo scorso, la convinzione che, nell'ambito delle procedure da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ove ricorra l'ipotesi dell'annullamento (giurisdizionale od in autotutela) dell'esclusione di taluno dei concorrenti e tale ipotesi si verifichi in un momento successivo all'apertura e conoscenza delle offerte (tecniche ed economiche) degli altri concorrenti, la Stazione Appaltante non sia legittimata a disporre la riammissione alla procedura del soggetto in origine escluso e la conseguente valutazione della rispettiva offerta, pena l'irreparabile pregiudizio ai valori della segretezza e contestualità dell'apprezzamento del contenuto delle offerte presentate in gara (e ciò sulla base della constatazione che, in caso di rinnovazione parziale della procedura, la Commissione si troverebbe nella condizione di valutare l'offerta del concorrente, a suo tempo escluso, essendo già a conoscenza del contenuto dei progetti tecnici, nonché dei prezzi offerti, presentati dagli altri operatori ammessi alla procedura) <sup>(5)</sup>.

I Giudici di Palazzo Spada affermano, pertanto, che, mentre nelle gare regolamentate sulla base del criterio del prezzo più basso, la necessità della segretezza e contestualità dell'apprezzamento delle offerte risulta attenuata dal carattere oggettivo ed automatico del criterio adoperato per l'aggiudicazione della procedura, ben potendosi, in questi casi, provvedere alla ripetizione della sola fase di valutazione dell'offerta dell'operatore in precedenza escluso, d'altro canto, nelle diverse procedure connotate dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la medesima esigenza di segretezza e contestualità appare, invece, prevalere sulla conservazione della gara sino a quel momento svolta, dovendo la Stazione Appaltante procedere alla rinnovazione dell'intero sub-procedimento di presentazione e valutazione di nuove offerte in gara da parte degli originari concorrenti <sup>(6)</sup>.

.....  
(5) Il *leading case* è rappresentato da Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661, in *Foro Amm.*, 2000, 452, con nota di R. IANNOTTA, e in *Cons. Stato*, 2000, I, 236. Si vedano anche: Id., 31 dicembre 1998, n. 1996, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1956, e Id., 24 novembre 1997, n. 1372, *ibidem*, 1997, I, 1578.

(6) I Giudici di Palazzo Spada reputano, infatti, che "Diversamente, nel caso di aggiudicazione basata su apprezzamenti discrezionali con attribuzione di punteggi, legati a valutazioni di ordine tecnico (licitazione privata con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa; appalto concorso), l'illegittima esclusione di un concorrente, se accertata dopo l'esame delle altre offerte, rende necessario il rinnovo dell'intero procedimento di gara, a partire dalla stessa fase di presentazione delle offerte. Infatti, la riammissione delle imprese originariamente escluse impe-

Si assiste, dunque, oltreché all'affermazione di una distinzione (rinnovazione parziale per le gare a prezzo più basso e rinnovazione integrale per le gare ad offerta economicamente più vantaggiosa) che avrà largo seguito nella successiva giurisprudenza, all'esperimento perseguito dalla stessa giurisprudenza di sottoporre a delicato bilanciamento il tradizionale canone della conservazione dell'attività amministrativa con i principi regolatori della materia dei contratti pubblici (e con le corrispondenti regole di comportamento gravanti sulle Stazioni Appaltanti e concernenti la segretezza e contestualità dell'apprezzamento delle offerte).

### 3. Il dibattito al momento dell'entrata in vigore del Codice dei contratti

Durante il quinquennio (2002-2006) antecedente all'entrata in vigore del Codice, le Sezioni Quarta e Quinta del Consiglio di Stato ribadiscono la correttezza dell'orientamento già sopra commentato, per un verso mantenendo fermo il necessario distinguo tra procedure ad aggiudicazione automatica e procedure ad aggiudicazione discrezionale ai fini dell'individuazione del *quomodo* dell'attività di rinnovazione della gara conseguente all'annullamento (giurisdizionale e non) dell'esclusione di uno dei concorrenti e, per altro verso, addivenendo a talune ulteriori precisazioni d'inquadramento sistematico (7).

Per quanto concerne la posizione sostanziale dell'escluso illegittimamente pretermesso dalla partecipazione a procedure connotate dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'attenzione della giurisprudenza si appunta sulla natura e consistenza dell'interesse ad agire di titolarità dell'operatore in origine escluso, cui è riconosciuta sì la sua (astratta) legittimazione a contestare il provvedimento espulsivo ed a pretendere nei confronti della Stazione Appaltante la riammissione in gara, e ciò in quanto soggetto titolare d'interesse legittimo a sindacare la legittimità dell'esclusione comminata, ma non, invece, l'interesse (diretto e concreto) ad ottenere l'aggiudicazione della gara, tenuto conto che l'Amministrazione si vedrà costretta a rinnovare integralmente la procedura, non potendosi limitare a valutare *ex post* (vale a dire, in sede di riammissione) l'offerta tecnico-economica dell'operatore in precedenza escluso.

---

direbbe di effettuare una valutazione delle loro offerte rispettando i principi della *par condicio* tra i concorrenti e della necessaria contestualità del giudizio comparativo, perché la seconda valutazione risulterebbe oggettivamente condizionata dalla intervenuta conoscenza delle precedenti offerte e dall'attribuzione del punteggio" (Cons. Stato, sez. V, n. 661/2000, cit.).

(7) Si fa riferimento nel testo a: Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2002, n. 340, in *Cons. Stato*, 2002, I, 94 e in *Foro Amm. CDS*, 2002, 103; Id., sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3617, *ibidem*, 2004, 1649; Id., sez. V, 11 maggio 2006, n. 2612, *ibidem*, 2006, 1437.

I Giudici di Palazzo Spada qualificano, pertanto, con affermazione di principio che sarà fatta oggetto di puntuale riflessione dagli stessi Giudici nell'Adunanza Plenaria del luglio dello scorso anno, l'interesse dell'operatore illegittimamente escluso in termini di vantaggio strumentale a mettere in discussione l'intera procedura attraverso l'instaurazione di un nuovo sub-procedimento per la presentazione da parte di tutti i concorrenti (esclusi e non) di rinnovate offerte per l'aggiudicazione della gara <sup>(8)</sup>.

L'interesse ad agire, di tipo strumentale, costituisce, dunque, lo strumento mediante il quale realizzare quel delicato bilanciamento tra la conservazione dell'attività amministrativa non affetta da vizi di legittimità ed i (prevalenti) principi di trasparenza e *par condicio* posti a fondamento delle procedure aggiudicate con meccanismi connotati dall'esercizio di discrezionalità tecnica in capo agli organi della Stazione Appaltante.

In questa prospettiva, che viene a consolidarsi nel Massimo Consesso poco prima dell'entrata in vigore del Codice, la *diminutio* di tutela accordata all'operatore illegittimamente escluso - il quale, in caso di successo del proprio ricorso avverso l'espulsione dalla gara, non può aspirare all'aggiudicazione della procedura, se non a rimettere in gioco la sua (nuova) offerta con quelle (anch'esse presentate *ex novo*) degli altri concorrenti - appare giustificata dall'imprescindibile esigenza di garantire, in ogni caso, la serenità di giudizio della Commissione giudicatrice, quest'ultima ritenuta (per presunzione) non in grado di implementare un'attività di rinnovazione parziale della gara nell'ipotesi dell'intervenuta conoscenza delle offerte (tecniche ed economiche) degli altri partecipanti in gara <sup>(9)</sup>.

.....

(8) Il Supremo Consesso ha modo di affermare, infatti, che "Quanto all'anzidetto interesse strumentale, lo stesso si traduce, nella particolare fattispecie all'esame, in caso di accoglimento dei ricorsi di primo grado, nell'interesse del concorrente illegittimamente escluso alla rinnovazione della gara, con la presentazione, ammissione e valutazione comparativa delle offerte *ex novo* presentate da tutti i partecipanti; e ciò sulla base dei principi consolidati, affermati in tema di annullamento parziale delle operazioni di gara e di riammissione in gara di imprese originariamente escluse, dove l'esigenza di tutela della segretezza delle offerte e della *par condicio* dei concorrenti (che si raggiunge assicurando la necessaria contestualità del giudizio comparativo tra le varie offerte e l'altrettanto imprescindibile antecedenza di tale giudizio rispetto al momento della conoscenza delle offerte economiche, a fugare ogni possibile dubbio che le nuove determinazioni rispetto alle offerte dei partecipanti neo-ammessi possano essere strumentalmente orientate dalla già acquisita conoscenza delle offerte degli altri concorrenti) impone il rinnovamento dell'intero procedimento, allorquando, come appunto avvenuto nel caso di specie, la commissione giudicatrice, nell'esercizio del potere di discrezionalità tecnica, abbia già visionato e valutato altre offerte ed abbia inoltre già proceduto alla apertura delle buste contenenti le relative offerte economiche" (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 3617/04, cit.).

(9) È quanto ribadito, infatti, dai Giudici di Palazzo Spada, secondo cui "Il criterio della segretezza, poi, opera anche nelle ipotesi in cui la procedura di gara deve essere rinnovata, in seguito all'accertamento di illegittimità dell'atto finale di aggiudicazione o degli atti intermedi della procedura. In tali circostanze assume sicuro rilievo il principio di conservazione dell'atto amministrativo, come afferma, in termini generali, il tribunale. Di norma, la rinnovazione deve limitarsi

Il ruolo, così definito, dell'interesse strumentale è ricollegato, a sua volta, dai Giudici di Palazzo Spada al carattere di tutela formale dell'attività di rinnovazione integrale della gara oggetto di annullamento, ritenuta non sostituibile da possibili vincoli gravanti sulla Commissione giudicatrice in sede di rinnovazione della sola fase di valutazione dell'offerta dell'operatore in precedenza escluso e concernenti, in particolare, la predefinitone e specificità dei criteri per l'apprezzamento delle offerte tecniche, l'eventuale maggiore punteggio assegnato dalla *lex specialis* all'elemento economico e l'analiticità dei rinnovati giudizi espressi dall'organo collegiale <sup>(10)</sup>.

Contestualmente all'approfondimento del filone interpretativo inerente alla rinnovazione (integrale) della gara a seguito di annullamento (giurisdizionale e non) dell'esclusione di uno o più partecipanti, nella giurisprudenza della Sezione Sesta del Supremo Consesso fa breccia un orientamento favorevole alla rinnovazione parziale della gara, il quale appare, nondimeno, circoscritto alle sole fattispecie di ripetizione del procedimento concorsuale in forza di annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione per vizi di legittimità ascrivibili al cattivo operato della Commissione ovvero al difetto della sua composizione collegiale <sup>(11)</sup>.

Riguardo a queste fattispecie, caratterizzate dal fatto che la riscontrata illegittimità dell'azione amministrativa condotta dalla Commissione giudicatrice non pregiudica, di norma, in sede di riattivazione della procedura, la contestualità del sindacato delle offerte in gara (essendo state queste ultime già visionate e disaminate dalla Commissione nell'ambito del medesimo segmento procedimentale, di poi fatto oggetto dell'annullamento), la giurisprudenza si mostra favorevole ad ammettere la liceità della ripetizione parziale della gara da parte della

---

ai soli atti viziati, in via diretta o derivata, senza estendersi ad attività, operazioni e provvedimenti legittimamente compiuti. Il principio di conservazione, tuttavia, deve essere coordinato con le regole della segretezza delle offerte e della contestualità delle operazioni valutative, in rapporto alle finalità che detti principi perseguono, apprezzando, in concreto, tutti gli aspetti rilevanti nella singola fattispecie" (Cons. Stato, sez. V, n. 340/2002, cit.).

(10) La sezione Quinta ha cura, invero, di sottolineare che "la garanzia della contestualità del giudizio sulle offerte mira a salvaguardare un'esigenza essenzialmente strumentale all'obiettivo e trasparente operato dell'amministrazione. Pertanto, il mancato rispetto della regola rende in ogni caso illegittimo l'operato dell'amministrazione, anche se, in concreto, non emergano elementi univoci circa i possibili condizionamenti della commissione e pure se la valutazione tardiva dell'offerta originariamente non ammessa risulti intrinsecamente logica ed adeguatamente motivata" (Cons. Stato, sez. V, n. 340/2002, cit.).

(11) Si tratta della decisione: Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2004, n. 6457, in *Cons. Stato*, 2004, I, 2051, con nota di M. AUDITORE, e in *Foro Amm. CDS*, 2004, 2911. Il nuovo indirizzo pretorio trova seguito anche nella giurisprudenza delle Sezioni Quarta e Quinta del Consiglio di Stato: Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2006, n. 7301, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 3303, e *Id.*, sez. V, 12 giugno 2007, n. 3136, in *Lexitalia.it*, n. 6/2007.

Stazione Appaltante, avendo cura, tuttavia, di precisare la necessità dell'adozione da parte dell'Amministrazione di «accorgimenti» idonei a sopperire, in concreto, al *deficit* di trasparenza e parità di trattamento ascrivibile alla venuta meno della segretezza del contenuto delle offerte (accorgimenti che, ad avviso dei Giudici di Palazzo Spada, debbono concernere la necessaria predeterminazione dei criteri valutativi delle offerte tecniche, nonché la doverosa analiticità e completezza della verbalizzazione dei rinnovati giudizi espressi sulle offerte) <sup>(12)</sup>.

A ben vedere, il nuovo corso della giurisprudenza non fa altro che ribaltare la prospettiva del bilanciamento degli interessi in gioco all'atto della rinnovazione del procedimento, già fatta propria dal coevo orientamento riguardante la riammissione in gara dei soggetti illegittimamente esclusi, reputando prevalenti i principi, anche di derivazione processuale, della conservazione dell'attività amministrativa e dell'eseguibilità dei giudicati amministrativi a scapito dei canoni regolatori dell'attività contrattuale delle Stazioni Appaltanti (trasparenza e parità di trattamento).

L'evoluzione del dibattito venuta in essere nella giurisprudenza di Palazzo Spada al momento dell'entrata in vigore del Codice dei contratti si focalizza, pertanto, sulla questione dell'incidenza spiegata dal pregiudizio alla segretezza del contenuto delle offerte nei confronti dell'obiettività di giudizio cui è chiamata la Commissione giudicatrice all'atto della rinnovazione delle attività valutative di rispettiva competenza; invero, al di là della (apparente) diversità delle fattispecie prese in considerazione dagli orientamenti sopra commentati, questi ultimi incentrano le proprie riflessioni sui rimedi (di carattere formale ovvero sostanziale) idonei ad attenuare, per quanto possibile, gli eventuali condizionamenti di giudizio gravanti sulla Commissione giudicatrice (sino a postulare, nel caso dell'indirizzo affermatosi per primo, l'inevitabilità dell'integrale ripetizione della gara).

.....

(12) L'apertura della giurisprudenza alla rinnovazione parziale è giustificata, infatti, nei termini che "Quanto poi all'impossibilità di rinnovare parzialmente la gara a buste aperte va rilevato che il principio di segretezza non assume, in vicende come questa in esame, un valore di assoluta inderogabilità, in quanto è necessario che esso sia coordinato con altri principi, di rilevanza costituzionale come la giustiziabilità delle posizioni giuridiche e l'eseguibilità dei giudicati amministrativi (art. 24 Cost.), ordinati a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale. In particolare occorre rilevare che le offerte sono ormai cristallizzate, per cui, non potendo mutare, ben è possibile apprezzarle nuovamente senza violare la *par condicio* che è il valore protetto dalla segretezza delle offerte medesime. I condizionamenti del giudizio della commissione sono evitabili mediante l'analiticità della motivazione e la completezza della verbalizzazione alle quali essa è chiamata nel rinnovare il giudizio" (Cons. Stato, sez. VI, n. 6457/2004, cit.).

#### 4. L'articolo 84, ultimo comma, del Codice dei contratti pubblici

Come già anticipato in premessa, il Codice dei contratti non prende posizione sugli orientamenti esistenti in giurisprudenza e sopra illustrati, sottraendosi dal fornire una definitiva soluzione alla questione della rinnovazione, integrale o parziale a seguito dell'annullamento (giurisdizionale ovvero in autotutela) degli atti di gara, nelle procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il testo legislativo si limita, infatti, nell'articolo dedicato alle norme sul funzionamento della Commissione giudicatrice (cfr. l'articolo 84, ultimo comma), a prescrivere che, nelle ipotesi dell'annullamento degli atti di gara (i quali abbiano valenza di provvedimenti espulsivi, ovvero portata di provvedimenti di aggiudicazione), la Stazione Appaltante abbia l'onere di riconvocare la «*medesima commissione*» ai fini del rinnovo procedimentale<sup>(13)</sup>.

La previsione contemplata dal dodicesimo comma dell'articolo 84 si discosta, all'evidenza, dalla prospettiva d'indagine fino a quel momento seguita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di rinnovazione della gara conseguente ad annullamento giurisdizionale; difatti, mentre i Giudici di Palazzo Spada incentrano la loro attenzione sui vincoli e modalità dell'attività di rinnovazione (in altri termini, sul «*come*» della rinnovazione), fronteggiandosi sul tema dell'individuazione del segmento procedimentale dal quale fare ripetere l'azione amministrativa colpita da illegittimità, il Legislatore appare, invece, interessato al profilo, di carattere soggettivo, inerente all'organo della Stazione Appaltante competente alla rinnovazione delle operazioni concorsuali (in altre parole, al «*chi*» della rinnovazione)<sup>(14)</sup>.

.....

(13) La disposizione richiamata nel testo stabilisce che «In caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione». Com'è ormai noto, la genesi della norma - il cui contenuto è incentrato più sul concetto di «*medesima commissione*» piuttosto che sul tema della rinnovazione (parziale od integrale) della gara - risale all'indicazione contenuta nel parere del Consiglio di Stato reso sullo schema del decreto legislativo n. 163/2006 e rivolta al Legislatore in merito all'opportunità di inserire nel corpo dell'articolo 84 precise indicazioni circa limiti e modalità dell'attività di rinnovazione della gara conseguente all'annullamento giurisdizionale degli atti della procedura (intermedi e conclusivi). In proposito, cfr. Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355/2006, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 600.

(14) A dire il vero, la giurisprudenza si è limitata a porre all'attenzione delle Stazioni Appaltanti la necessità che la rinnovazione della procedura fosse rimessa alla competenza della Commissione giudicatrice nel caso in cui, in sede di ripetizione della procedura, dovessero rinnovarsi i giudizi valutativi sulle offerte; tuttavia, la stessa giurisprudenza non si è curata di precisare se, ferma la competenza dell'organo straordinario della Stazione Appaltante, quest'ultimo dovesse essere riconvocato nella medesima composizione ovvero costituito *ex novo*, rimettendo le due opzioni alla scelta discrezionale caso per caso delle singole Amministrazioni. Al riguardo, cfr.

Il mutamento di prospettiva ha dato vita, pertanto, ad un acceso dibattito tra i Giudici Amministrativi (di legittimità e di merito) circa l'effettiva portata del disposto contenuto nell'ultimo comma dell'articolo 84, essendosi domandata una parte della giurisprudenza di merito se la locuzione «*medesima commissione*» non costituisca, in realtà, un'indicazione da parte del Legislatore a favore della legittimità della rinnovazione parziale anche nell'ambito delle procedure da aggiudicarsi con meccanismi di carattere discrezionale (e ciò a valere per tutte le fattispecie di annullamento aventi ad oggetto atti di aggiudicazione ovvero di esclusione dei concorrenti).

In tal senso, alcuni Tribunali di primo grado ritengono, ancora oggi, che l'obbligo, gravante sulla Stazione Appaltante, di riconvocazione della medesima commissione sia nell'ipotesi dell'annullamento della definitiva aggiudicazione della gara sia in quella dell'annullamento dell'esclusione di uno o più partecipanti alla gara non possa che implicare la ripetizione della procedura dalla sola fase di valutazione delle offerte, dal momento che, ove s'intendesse postulare la rinnovazione integrale della procedura a seguito dell'intervenuta caducazione dell'esclusione di uno dei concorrenti (ossia, dalla fase di

---

Cons. Stato, sez. IV, n. 7301/2006, cit., secondo cui "Va premesso che, nelle pubbliche gare, l'esigenza di rispettare il giudicato di annullamento dell'illegittima valutazione dell'offerta di un concorrente [...] obbliga l'Amministrazione a procedere alla rinnovazione integrale degli atti annullati (nella fattispecie, dunque, ad una nuova valutazione dell'offerta mediante verifica della sussistenza dei presupposti per l'attribuzione del punteggio da tale sottovoce previsto) ed a concludere la riaperta procedura ad evidenza pubblica alla luce della retta applicazione delle regole di gara nei termini scaturenti direttamente dalla sentenza passata in giudicato. L'esatto adempimento di tale obbligo non può che comportare, ad avviso del Collegio, la riconvocazione della Commissione giudicatrice (nel caso di specie, "aggiudicatrice"), resa invero necessitata allorché, appunto, si tratti di riformulare un giudizio tecnico, o comunque coinvolgente apprezzamenti discrezionali, per il quale si erano configurati come necessari, ad avviso della stessa Amministrazione, in sede di primigenio svolgimento della gara, la creazione e l'apporto di un siffatto organismo ausiliario. [...] Il dovere dell'Amministrazione, in sede di esecuzione del giudicato di annullamento, di rinnovare il procedimento amministrativo a partire dalla fase in cui è stato posto in essere l'atto procedimentale viziato non può, insomma, non coordinarsi con l'altro principio, che, di regola, presiede al procedimento per l'aggiudicazione di contratti pubblici, ch'è quello del rispetto dei criteri di proporzionalità ed adeguatezza dell'azione amministrativa, nell'osservanza dei quali, del resto, l'Amministrazione aveva autonomamente adottato (a monte, come s'è detto, della procedura) la scelta di costituzione dell'organo straordinario *de quo* (preposto a valutazioni d'ordine tecnico) e che risulterebbero inammissibilmente violati ove, a gara riaperta, di quelle stesse valutazioni l'Amministrazione ritenesse poi, come accaduto nel caso all'esame con l'affidamento della fase istruttoria del provvedimento oggetto del giudizio a diverso organo tecnico interno (la cui composizione nemmeno riproduce l'arco complessivo di "qualificata professionalità" presente nella Commissione aggiudicatrice della gara), di riappropriarsi". In un solo precedente, già in precedenza richiamato, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha sentito l'esigenza di "suggerire" all'Amministrazione che "Spetterà ovviamente alla p.a. procedente valutare - sulla base anche del lungo tempo trascorso, di tutti i rilievi comunque emersi nel contenzioso che qui si definisce e di ogni altro utile elemento - se rinnovare *ab initio*, ovvero lasciare ferma tutta la fase procedimentale non incisa dall'annullamento, rinnovandosi solo la fase successiva, preferibilmente con diversa commissione" (Cons. Stato, sez. V, n. 3136/2007, cit.).

presentazione *ex novo* delle offerte), non potrebbe conciliarsi l'obbligo di ricostituzione della «medesima commissione» con l'esplicito divieto, di cui al comma 10 dell'articolo 84, della nomina e costituzione della Commissione giudicatrice prima della scadenza del termine della presentazione dell'offerta <sup>(15)</sup>.

In forza di tale ragionamento, fondato sulla necessità del coordinamento dei due commi (decimo e dodicesimo) dell'articolo 84 del Codice, v'è dunque l'avallo alla tesi della rinnovazione parziale (in ogni caso) delle procedure aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e fatte oggetto d'annullamento giurisdizionale od in autotutela (limitatamente ai rispettivi atti intermedi ovvero conclusivi) <sup>(16)</sup>.

L'opzione interpretativa promossa dai Giudici di merito - la quale ha l'indiscusso pregio di selezionare il dato normativo ritenuto a fondamento della legittimità dell'esperimento della rinnovazione parziale della gara anche nell'ambito delle procedure connotate da sistemi di aggiudicazione discrezionale (e ciò a prescindere da alcun bilanciamento, di per sé soggetto ad opinabilità di giudizio, fra i diversi interessi pubblici gravitanti sulla fase di rinnovazione della gara conseguente ad annullamento giurisdizionale) - non ha ricevuto, tuttavia, alcun positivo riscontro nella giurisprudenza del Massimo Consesso, quest'ultima propensa, invece, ad interpretare il disposto dell'ultimo comma dell'articolo 84 (e, in particolare, il riferimento alla «medesima commissione») alla stregua di un'«enunciazione di principio» priva di contenuto innovativo quanto alla definizione delle modalità di esercizio dell'attività di rinnovazione conseguente all'annullamento degli atti (intermedi e conclusivi) della procedura ad evidenza pubblica <sup>(17)</sup>.

.....

(15) L'indirizzo è stato fatto proprio dalle seguenti pronunce: T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 aprile 2012, n. 1544, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2012, 1291; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 1 agosto 2011, n. 1235, *ibidem*, 2011, 2252; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 12 gennaio 2011, n. 23, inedita e reperibile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 10 febbraio 2010, n. 867, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2010, 550; Id., 19 maggio 2009, n. 2730, inedita e reperibile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(16) È stato rimarcato, infatti, dal Giudice campano (promotore, a più riprese, dell'indirizzo pretorio commentato nel testo) che "Il rinnovo del procedimento di gara cui fa riferimento la norma, infatti, va in entrambi i casi inteso come rinnovo parziale e non totale: se così non fosse, vale a dire se l'annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti non potesse che comportare il rinnovo integrale del procedimento di gara, a partire dalla fase della presentazione delle offerte, non si vedrebbe ragione di derogare al comma 10 del medesimo art. 84, la cui applicazione garantirebbe, anzi, in massimo grado quelle esigenze di serenità di giudizio che proprio la tesi della rinnovazione totale intende soddisfare; lo stesso dicasi qualora il rinnovo delle operazioni non dipenda da una illegittima esclusione ma, ad esempio, dall'annullamento di una aggiudicazione disposta da una commissione che abbia agito violando il principio di collegialità" (T.A.R. Campania, Napoli, n. 2730/2009, cit.).

(17) Cfr. Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409, in *Foro Amm. CDS*, 2012, 566, e in *Urb. e App.*, 2012, 937, con nota di A. NICODEMO. Si legge, invero, nella pronuncia della Sezione Terza che «Ad avviso del Collegio la previsione normativa contiene un'enunciazione di principio, posta a presidio della celerità e del buon andamento dell'Amministrazione, e sottintende che nell'ipotesi di rinnovazione dell'intera gara la conoscenza degli atti e delle operazioni già effettuate pos-

Pertanto, a giudizio del Supremo Consesso, la disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'articolo 84 del Codice si appalesa «neutra» quanto al tema del *quomodo* della ripetizione (parziale od integrale) del procedimento concorsuale, riservando, in ultima analisi, alla discrezionalità amministrativa delle Stazioni Appaltanti la decisione sul carattere (parziale od integrale) della rinnovazione delle fasi del procedimento colpite da illegittimità; sotto tale aspetto, persistono, dunque, anche dopo l'entrata in vigore del Codice, le incertezze su vincoli e modalità dell'attività di rinnovazione in capo alle Amministrazioni, alle quali è rimesso, in assenza di una predeterminata scelta del Legislatore, il non agevole compito di bilanciare gli (apparenti) divergenti interessi della conservazione degli atti amministrativi e della trasparenza ed imparzialità della conduzione delle gare pubbliche.

#### **5. La "soluzione unica" prospettata dall'Ordinanza di rimessione e la soluzione favorevole alla rinnovazione parziale accolta dall'Adunanza Plenaria**

Al fine di ricomporre il frammentario quadro della giurisprudenza e legislativo, l'Ordinanza di rimessione della Sezione Sesta sperimenta una «via nuova», quale ipotetico compromesso tra le opinioni maturate in giurisprudenza e la riscontrata incapacità del Legislatore di stabilire un punto fermo sulla questione del rinnovo delle procedure ad aggiudicazione discrezionale, ritenendo che, previa l'adozione di necessarie cautele (riconvocazione della Commissione in diversa composizione e precauzionale richiusura delle offerte già presentate e valutate in precedenza), la Stazione Appaltante possa esperire una parziale ripetizione del procedimento di gara e ciò a prescindere dalla tipologia di atto (espulsivo ovvero di aggiudicazione) fatto oggetto dell'annullamento giurisdizionale od in autotutela<sup>(18)</sup>.

---

sa giovare alla celere rinnovazione del procedimento, sempreché ciò non si risolva nella compromissione della garanzia di imparzialità, valore altrettanto preminente negli affidamenti pubblici. La norma, pertanto, va interpretata nel senso che non è esclusa la possibilità di nominare una nuova Commissione se garanzia di maggiore serenità di giudizio».

(18) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2515 (ord.), in *Lexitalia.it*, n. 5/2012. Si legge nella parte motiva della pronuncia di rimessione che "Nel tentativo di una ragionevole mediazione tra i principi di conservazione, segretezza, trasparenza e imparzialità, si potrebbe anche prospettare una soluzione unica a prescindere dal tipo di atto annullato (aggiudicazione, esclusione) e che consenta, anche quando le offerte sono state già valutate e conosciute, e anche quando il criterio di valutazione è discrezionale, di non ripetere la procedura dalla fase di presentazione delle offerte, ma dalla fase di loro valutazione, e sempre che il vizio non riguardi il bando di gara o i criteri di valutazione delle offerte predeterminati. Si potrebbe infatti ipotizzare che, anche nel caso di criteri di aggiudicazione non automatici, si possa rinnovare la sola fase di valutazione delle offerte, ma previa richiusura delle buste contenenti le offerte, e con una commissione di gara in diversa composizione".

I Giudici remittenti individuano, pertanto, nell'elemento soggettivo della composizione dell'organo collegiale di valutazione, e non tanto nella qualificazione dell'atto della procedura oggetto di annullamento, il fattore decisivo e discriminante ai fini della selezione delle modalità di esercizio dell'attività di rinnovazione; a loro giudizio, infatti, la sostituzione dei commissari già incaricati della valutazione delle offerte presentate nell'ambito del segmento procedimentale risultato affetto da illegittimità ed ora considerati, per presunzione assoluta, inidonei ad esprimere il proprio giudizio tecnico-discrezionale sull'offerta dell'escluso riammesso in gara costituisce il solo mezzo in grado di superare il *deficit* di contestualità e segretezza del contenuto delle offerte ascrivibile alla rinnovazione della fase di valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa.

La tesi avanzata dai Giudici della Sezione Sesta muove, dunque, nella direzione suggerita dal Legislatore (quest'ultimo, come già osservato, preoccupato più del «*chi*» della rinnovazione che del «*come*»), interpretando, nondimeno, l'indicazione circa la «*medesima commissione*» riportata nell'ultimo comma dell'articolo 84 alla stregua di un criterio dispositivo e derogabile dalla Stazione Appaltante al ricorrere di superiori esigenze connesse alla tutela della trasparenza e parità di trattamento dell'azione amministrativa <sup>(19)</sup>.

In altre parole, volendo esemplificare il pensiero dei Giudici remittenti, può dirsi che se la Commissione, al momento del rinnovo parziale della gara, è tenuta a ripristinare il legame procedimentale tra la fase (già espletata) di valutazione delle offerte presentate dagli altri partecipanti in gara e la fase (da rinnovarsi) di valutazione dell'offerta del solo riammesso in gara, e la ricostituzione di tale nesso non può che essere garantita dall'omogeneità e coerenza dei giudizi espressi e da esprimersi dai commissari in entrambe le fasi, la Commissione e, nello specifico, le persone fisiche dei suoi membri divengono, allora, il fulcro dell'operare legittimo della Stazione Appaltante in sede di ripetizione della gara, risultando, a tale proposito, indispensabile la sostituzione degli originari commissari col fine di salvaguardare la congruità e ragionevolezza delle valutazioni tecnico-discrezionali da effettuarsi sulla sola proposta del soggetto riammesso in gara, tenuto conto dei possibili condizionamenti di giudizio derivanti dall'intervenuta

.....

(19) È riaffermato, infatti, anche nella pronuncia di rimessione che "Non sembra tuttavia che l'art. 84, c. 12, codice appalti, imponga un obbligo assoluto di riconvocazione dell'originaria commissione, ma solo un criterio di massima. Se infatti in concreto vi sono ragioni che rendono inopportuna la riconvocazione della medesima commissione (per esigenze di segretezza delle offerte), si deve ritenere possibile sia la nomina di una diversa commissione, sia la sostituzione di uno o più componenti" (Cons. Stato, sez. VI, n. 2515/2012 (ord.), cit.).

conoscenza *medio tempore* del contenuto delle offerte degli altri aspiranti aggiudicatari della procedura.

Posta di fronte all'elaborazione suggerita dall'Ordinanza di rimessione e preordinata, in definitiva, a conseguire un adeguato bilanciamento tra la conservazione dell'unicità del procedimento di gara e le esigenze di trasparenza ed imparzialità attraverso la designazione di una «nuova» Commissione incaricata del rinnovo delle operazioni concorsuali, la decisione dell'Adunanza Plenaria ritiene di non aderirvi sulla base della duplice constatazione che, da un lato, sotto il profilo giuridico-formale, la regola contemplata dall'ultimo comma dell'articolo 84 non riveste un carattere meramente dispositivo, bensì rappresenta un vero e proprio vincolo d'azione a valere nei confronti delle Stazioni Appaltanti, cui spetta di riconvocare, in ogni caso (ossia, per entrambe le fattispecie di annullamento di esclusioni ed aggiudicazioni), la "*medesima commissione*", e che, dall'altro, sotto il profilo giuridico-sostanziale, la riconvocazione della Commissione a differente composizione dei suoi membri non appare costituire, in sé considerata, rimedio idoneo a sopperire al venire meno in corso di gara della segretezza del contenuto delle offerte <sup>(20)</sup>.

Le considerazioni esposte dall'Adunanza Plenaria non si esauriscono, tuttavia, nella concisa confutazione della soluzione avanzata dalla pronuncia di rimessione, ma si spingono a prospettare una chiave di lettura della problematica del rinnovo delle procedure ad aggiudicazione discrezionale sino ad oggi non emersa negli orientamenti pretori affermatasi sul tema.

Il punto di partenza delle argomentazioni fatte proprie dall'Adunanza Plenaria e rivolte a giustificare, anche nelle gare con sistemi di aggiudicazione a connotazione tecnico-discrezionale, la liceità della rinnovazione della procedura limitatamente alla sola fase di valutazione dell'offerta dell'operatore illegittimamente escluso consiste nell'esplicito richiamo ai principi, di derivazione processuale, acquisiti dalla precedente e nota sentenza dell'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4 <sup>(21)</sup>; invero, secondo l'Adunanza Plenaria, a siffatti principi, compen-

.....

(20) Si veda, in particolare, il paragrafo 5 della parte motiva della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, ove si vince che "Una tale soluzione urta anzitutto contro il disposto dell'art. 84, comma 12, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per il quale, come è noto, per il rinnovo delle procedure di gara "... è riconvocata la medesima commissione". Detta soluzione, inoltre, non appare neppure idonea a porre rimedio al venir meno della segretezza delle offerte, atteso che il contenuto essenziale di queste e financo le relative valutazioni sono ormai resi noti nella ricordata fase di pubblicizzazione prescritta dalle norme regolamentari e riportati poi in verbale, onde per tale via essi sarebbero o potrebbero essere agevolmente conosciuti dalla nuova commissione" (Cons. Stato, Ad. Pl., n. 30/2012, cit.).

(21) Cons. Stato, Ad. Pl., 7 aprile 2011, n. 4, in *Corriere Giur.*, 2012, 105, con nota di EG. SCOCA, in *Giur. It.*, 2011, III, 1651, con nota di G. TROPEA, e in *Urb. e App.*, 2011, 674, con nota di C. LAMBERTI.

diabili nell'ormai consolidata affermazione della riconducibilità della legittimazione ad agire al solo partecipante alla gara, cui è ascrivibile altresì, in via primaria, l'interesse diretto e concreto ad ottenere l'aggiudicazione della gara stessa, occorre fare riferimento al fine di inquadrare il *quomodo* della rinnovazione conseguente all'annullamento giurisdizionale dell'illegittima esclusione dalla procedura<sup>(22)</sup>.

Difatti, l'Adunanza del Supremo Consesso, una volta precisato che l'annullamento dell'illegittima pretermissione dalla gara ha quale effetto conformativo la doverosa riammissione in gara dell'operatore in precedenza escluso, affinché quest'ultimo possa vantare nei confronti della Stazione Appaltante l'interesse diretto all'aggiudicazione della procedura, reputa che il rinnovo parziale del procedimento sia l'unico strumento in grado di portare a soddisfacimento l'interesse primario (all'aggiudicazione) del concorrente nuovamente partecipante alla gara.

Nell'ottica seguita dai Giudici dell'Adunanza, non v'è spazio, dunque, per «ridurre» l'interesse dell'operatore illegittimamente escluso ad una pretesa di carattere strumentale alla ripetizione della procedura sin dalla fase di presentazione *ex novo* delle offerte, poiché, così opinando, anche nella prospettiva di una maggiore tutela dei principi a fondamento dell'evidenza pubblica, si avrebbe una lesione al principio, di rilevanza costituzionale, dell'effettività della tutela giurisdizionale<sup>(23)</sup>.

Ebbene, le argomentazioni dell'Adunanza Plenaria rappresentano, sotto quest'ultimo aspetto, un evidente punto di rottura con le pregresse convinzioni dell'orientamento favorevole al rinnovo integrale del procedimento di gara (e, ancora oggi, prevalente nella giurisprudenza), secondo cui la ripetizione della gara sin dalla fase di presentazione

.....

(22) Al paragrafo 4 delle motivazioni della decisione in commento, si legge che "4. L'adunanza plenaria ritiene, invece, che anche relativamente a tali procedure il rinnovo degli atti debba limitarsi alla sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla gara. 4.1. A tale conclusione, peraltro, si perviene non in base ad una valutazione di prevalenza dell'uno o l'altro dei principi ricordati, valutazione che non si sottrae comunque ad una certa opinabilità, bensì alla stregua dei principi di fondo, espressione del "giusto processo", nella giustizia amministrativa. Difatti, impongono tale soluzione, da una parte la rilevanza determinante della situazione soggettiva azionata, rilevanza insita nel carattere soggettivo del giudizio amministrativo, ribadito con forza dalla sentenza dell'adunanza plenaria n. 4/2011 (relativa al rapporto fra ricorrente principale e ricorso incidentale), dall'altra, il principio di effettività della relativa tutela" (Cons. Stato, Ad. Pl., n. 3/2012, cit.).

(23) Sempre al paragrafo 4 della parte motiva, l'Adunanza del Massimo Consesso precisa che "Invero, non vi è dubbio che la pretesa fatta valere dal ricorrente sia quella di concorrere nella gara cui ha chiesto di partecipare per ottenere la relativa aggiudicazione; ed è altrettanto evidente che tale pretesa non può che essere soddisfatta dalla valutazione della sua originaria offerta in comparazione con le altre coevamente presentate. Affermare dunque che, viceversa, dopo il giudicato favorevole debba aprirsi una fase di presentazione di nuove offerte sia da parte sua sia da parte degli altri concorrenti, significa mutare l'interesse finale riconosciutogli in sede giurisdizionale in un evanescente interesse strumentale (così l'adunanza plenaria citata) alla partecipazione ad una gara sostanzialmente nuova. Il che non appare all'evidenza aderente al reale portato della pronuncia da lui ottenuta" (Cons. Stato, Ad. Pl., n. 3/2012, cit.).

di nuove offerte (rispettivamente dell'escluso riammesso e degli altri concorrenti), quest'ultima necessitata dall'esigenza di tutela della trasparenza e *par condicio* delle operazioni concorsuali, avrebbe fondamento nell'interesse strumentale dell'operatore dapprima escluso dalla gara e in seguito riammessovi <sup>(24)</sup>.

A completamento dell'impostazione processualistica mutuata dalla nota pronuncia n. 4/2011, l'Adunanza Plenaria riconosce, comunque, l'esigenza di porre rimedio alla questione (sino a questo momento, centrale nel dibattito giurisprudenziale) della possibile alterazione dell'imparzialità di giudizio della Commissione all'atto della disamina dell'offerta riammessa in gara dell'originario escluso e quale derivante dall'avvenuta conoscenza del contenuto delle offerte degli altri operatori partecipanti.

A tal proposito, la soluzione offerta dal Massimo Consesso non diverge, di molto, da quanto già sostenuto dall'orientamento dello stesso Consiglio di Stato propenso ad ammettere la legittimità della rinnovazione parziale nei casi di annullamento dell'aggiudicazione per vizi attinenti alla valutazione delle offerte ovvero alla composizione della Commissione giudicatrice; in questi casi, è venuta affermandosi la convinzione che l'adozione da parte della Stazione Appaltante di apposite cautele di natura sostanziale – quali, nello specifico, la necessaria predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche, nonché il rafforzato onere di motivazione incombente sulla Commissione in sede di rinnovazione dei giudizi tecnico-discrezionale – potesse costituire un valido baluardo in grado di scongiurare arbitrii di giudizio dei commissari (o, ancora peggio, ipotetici sviamenti di giudizio a favore dell'uno o dell'altro concorrente) <sup>(25)</sup>.

L'Adunanza Plenaria recepisce appieno le indicazioni già approfondite dal precedente orientamento, precisando ulteriormente che la compiuta predefinizione nella *lex specialis* degli elementi e parametri per la valutazione delle offerte tecniche – ormai garantita dalla consolidata elaborazione pretoria sulla portata precettiva dell'articolo 83 del Codice, che appare orientata a comprimere sempre maggiormente gli spazi di autonomia della Commissione nella specificazione dell'oggetto dei criteri – e la cristallizzazione delle offerte presentate in gara dagli altri concorrenti, nonché dei corrispondenti giudizi valutativi formulati dalla Commissione, si traducono in una «fitta rete di riferimenti» d'ausilio al Giudice, affinché quest'ultimo possa realizzare un puntuale sindacato giurisdizionale sulla ragionevolezza e coerenza del

.....

(24) In particolare, cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 3617/2004, cit.

(25) Cfr. la nota 12 del presente scritto.

giudizio tecnico-discrezionale da rinnovarsi sulla sola offerta dell'operatore riammesso alla procedura ed in precedenza escluso <sup>(26)</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

All'interprete non può certo sfuggire come il costrutto logico-giuridico prospettato dall'Adunanza Plenaria e tutto incentrato nel richiamo alle note acquisizioni in tema di legittimazione ed interesse al ricorso fatte proprie dalla stessa Adunanza Plenaria ai fini dell'indagine dei caratteri salienti della posizione sostanziale ascrivibile all'operatore partecipante alla procedura ad evidenza pubblica conduca, inevitabilmente, a ritenere che la tesi del rinnovo parziale della gara abbia oramai una portata di carattere generale, prescindendo dalla tipologia di procedura fatta oggetto di annullamento (sia essa al prezzo più basso ovvero all'offerta economicamente più vantaggiosa), nonché dal tipo di provvedimento amministrativo ritenuto affetto da illegittimità (tanto l'atto di esclusione del concorrente quanto l'atto di definitiva aggiudicazione della gara).

L'attenzione nuovamente prestata dai Giudici di Palazzo Spada alla "rilevanza determinante" dell'interesse diretto e finale del concorrente all'aggiudicazione della gara quale elemento qualificante dei rapporti sostanziali coinvolti dal confronto competitivo retto dall'evidenza pubblica implica, infatti, che la rinnovazione integrale della procedura, coincidente con l'apertura di un nuovo sub-procedimento per la presentazione delle offerte (dell'escluso riammesso e degli altri partecipanti), assurga a sintomo d'illegittimità dell'azione amministrativa destinata, attraverso l'aggravamento delle operazioni concorsuali, a comprimere ingiustificatamente l'effettività della tutela della posizione sostanziale dell'operatore riammesso in gara ed aspirante aggiudicatario.

(26) Ciò emerge, invero, dalla lettura del paragrafo 4.2 della parte motiva dell'Ordinanza di rimessione, a tenore della quale "Con tale forte posizione giuridica non appare comparabile il mero rischio della lesione di altri interessi vuoi pubblici vuoi di terzi, pure rilevanti nel giudizio amministrativo. Ciò vale in particolare per la prospettata alterazione della *par condicio* dei concorrenti. Invero, detta valutazione interviene allorché i giudizi sulle altre offerte sono ormai del tutto definiti. Essa si inserisce, perciò, in un quadro complessivo nel quale emergono con compiutezza, unitamente ai criteri di valutazione stabiliti dalla *lex specialis* ed alle ulteriori specificazioni eventualmente determinate dalla commissione (nei limiti consentiti dall'art. 83 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 cit.), anche le linee concretamente seguite da quest'ultima nella loro applicazione. Opera in tal modo, una fitta rete di riferimenti che, da un lato, consentono di assicurare l'omogeneità della valutazione postuma da parte della stazione appaltante della offerta illegittimamente pretermessa e d'altro lato, in caso di impugnazione, rendono particolarmente stringente il sindacato giurisdizionale di legittimità circa l'effettivo rispetto di tale omogeneità di giudizio e quindi, in definitiva, della *par condicio* del soggetto precedentemente escluso rispetto agli altri concorrenti già valutati" (Cons. Stato, Ad. Pl., n. 3/2012, cit.).

Pare, quindi, superfluo dibattere ancora sulla dualità rinnovo integrale o parziale della procedura e, di riflesso, sugli spazi da riconoscersi in materia all'interesse di tipo strumentale eventualmente spettante al soggetto riammesso in gara (interesse che, seppur ancorato al formale titolo della riammissione in gara conseguente all'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara, è stato sbrigativamente definito dall'Adunanza Plenaria in termini di "*un evanescente interesse strumentale [...] alla partecipazione ad una gara sostanzialmente nuova*" (27)), dovendo, invece, interrogarsi se, una volta generalizzata ed imposta alle Stazioni Appaltanti la modalità di rinnovo parziale della procedura, le cautele di natura sostanziale rimarcate dall'Adunanza Plenaria rappresentino misure idonee a supplire alla (inevitabile) carenza di contestualità e segretezza della valutazione dell'offerta dell'operatore riammesso in gara.

La soluzione delineata dal Massimo Consesso potrebbe, invero, adombrare, ove fosse interpretata nell'ottica di un'eccessiva esaltazione dell'interesse finale del concorrente all'aggiudicazione della gara, il rischio di un possibile vuoto di tutela (sia nei confronti dell'operatore riammesso in gara che degli altri concorrenti già sottoposti a valutazione) al momento del rinnovato esperimento della fase di disamina dell'offerta dell'originario escluso, tenuto anche conto dell'inderogabile vincolo per la Stazione Appaltante di riconvocare la Commissione giudicatrice nella medesima composizione già individuata dall'Amministrazione all'atto della nomina e costituzione.

Al riguardo, può sorgere il dubbio se l'imposizione alla «*medesima commissione*» di un onere rafforzato di motivazione dei giudizi tecnico-discrezionali da esprimersi sui profili dell'offerta tecnica dell'operatore riammesso in gara sia misura sufficiente, in sé considerata ed unitamente alla predefinizione nella *lex specialis* dei criteri valutativi, a che il sindacato del Giudice Amministrativo possa scorgere sintomi d'irragionevolezza ed incongruità dell'operato dei commissari da ricondurre all'intervenuta conoscenza *medio tempore* del contenuto delle altre offerte già sottoposte a disamina.

D'altronde, non va sottaciuto che la problematica di tale sindacato - invocato dalla stessa Adunanza Plenaria ai fini della necessaria verifica della "*omogeneità della valutazione postuma da parte della stazione appaltante della offerta illegittimamente pretermessa*" (28) - involge, all'evidenza, l'ulteriore questione, ancora largamente discussa in giurisprudenza, circa l'intensità del sindacato giurisdizionale sul

.....  
(27) Cfr. la nota 23 del presente scritto.

(28) Cfr. la nota 26 del presente scritto.

contenuto delle valutazioni tecnico-discrezionali operate dagli organi dell'Amministrazione, ben potendo ritenersi che un attenuato riconoscimento dei poteri d'indagine del Giudice Amministrativo sull'esercizio della discrezionalità tecnica della Stazione Appaltante non possa che influire sulla portata e valenza della verifica da parte dello stesso Giudice in ordine ai profili di legittimità dell'esercizio del rinnovo del procedimento con particolare riferimento alla valutazione dell'offerta riammessa in gara.

Pertanto, è lecito reputare che la soluzione indicata dal Supremo Consesso lasci ancora senza risposta l'interrogativo sul come operare il bilanciamento fra l'esigenza della conservazione e conclusione del procedimento di gara, quest'ultima ispirata all'economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, ed i canoni informativi dell'evidenza pubblica, tra i quali, in particolare, i già rammentati principi di trasparenza e parità di trattamento (non a caso, in merito a tale preminente aspetto, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di sottrarsi dal compito di rinvenire un ragionevole equilibrio tra i principi in questione, avendo affermato in modo laconico che *"A tale conclusione, peraltro, si perviene non in base ad una valutazione di prevalenza dell'uno o l'altro dei principi ricordati, valutazione che non si sottrae comunque ad una certa opinabilità, bensì alla stregua dei principi di fondo, espressione del "giusto processo", nella giustizia amministrativa"* (29)).

In definitiva, sembra potersi concludere che gli interrogativi lasciati aperti dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria non possano che trovare una giustificazione nella sentita esigenza per il Supremo Consesso di dare continuità ai principi di fondo sanciti nel precedente arresto n. 4/2011 e preordinati, per il tramite dell'affermata preponderanza dell'interesse finale all'aggiudicazione rispetto al subordinato interesse strumentale alla riedizione della gara, a garantire la certezza della conclusione delle gare avviate dalle Stazioni Appaltanti; nondimeno, la scelta della linea di continuità, benché condivisibile sotto il profilo della certezza dei rapporti giuridici, sembra scontare il possibile nocumento alla tutela dei pariordinati principi, di trasparenza e parità di trattamento, posti a presidio della corretta applicazione delle regole dell'evidenza pubblica.

(29) Cfr. la nota 22 del presente scritto. I principi richiamati nel testo della pronuncia in commento sono stati elencati dai Giudici di Palazzo Spada al paragrafo 2 della parte motiva della sentenza e riguardano i principi di continuità delle operazioni e di contestualità delle valutazioni, il principio di mantenimento dinanzi alla commissione della segretezza delle offerte economiche fino all'esaurimento dell'esame delle offerte tecniche, il principio di conservazione degli atti giuridici ed i principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa sanciti dall'articolo 1, primo comma, della legge 7 agosto 1990, n. 241.